

TE Bvwg Beschluss 2017/9/21 W267 2170581-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.09.2017

Entscheidungsdatum

21.09.2017

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §14 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §323

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs5

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute

2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W267 2170581-1/6E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Essl als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen: Wildschutz 2017 – 2020, Los 1-3" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Roten-turmstraße 5-9, 1011 Wien, auf Grund des Antrages der Bietergemeinschaft XXXX , bestehend aus der XXXX , und der XXXX , alle vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, vom 13.09.2017, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 1, 2 und 3 zu untersagen, wie folgt beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Essl als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen: Wildschutz 2017 – 2020, Los 1-3" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Roten-turmstraße 5-9, 1011 Wien, auf Grund des Antrages der Bietergemeinschaft römisch 40 ,

bestehend aus der römisch 40 , und der römisch 40 , alle vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, vom 13.09.2017, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 1, 2 und 3 zu untersagen, wie folgt beschlossen:

A)

Der Auftraggeberin wird im Vergabeverfahren "Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen: Wildschutz 2017 - 2020" hinsichtlich der mit den Losen 1, 2 und 3 ausgeschriebenen Lieferungen und Leistungen der Abschluss der Rahmenvereinbarungen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 13.09.2017, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge: BVwG) am 14.09.2017 eingelangt, begehrte die gefährdete Partei Bietergemeinschaft XXXX (in der Folge: Antragstellerin) die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Gegnerin der gefährdeten Partei Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge: ASFINAG oder Auftraggeberin) vom 04.09.2017, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 abgeschlossen werden solle ("Zuschlags-entscheidung"), ferner die Ausnahme bestimmter Teile des Vergabeakts von der Akten-einsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für Haupt- und Provisorialverfahren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 1, 2 und 3 untersagt werde.Mit Schriftsatz vom 13.09.2017, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge: BVwG) am 14.09.2017 eingelangt, begehrte die gefährdete Partei Bietergemeinschaft römisch 40 (in der Folge: Antragstellerin) die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Gegnerin der gefährdeten Partei Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge: ASFINAG oder Auftraggeberin) vom 04.09.2017, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 abgeschlossen werden solle ("Zuschlags-entscheidung"), ferner die Ausnahme bestimmter Teile des Vergabeakts von der Akten-einsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für Haupt- und Provisorialverfahren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 1, 2 und 3 untersagt werde.

Als Begründung für die Rechtmäßigkeit ihrer Anträge führte die Antragstellerin im Wesentlichen wie folgt aus:

Mit dem gegenständlichen offenen Vergabeverfahren habe die ASFINAG Bauleistungen im Oberschwellenbereich, nämlich die "Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen: Wildschutz 2017-2020" ausgeschrieben. Zunächst sei von dieser am 01.12.2016 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl 2016/S 232-422320 eine Vorinformation zur Verkürzung der Angebotsfrist veröffentlicht worden. Mit Auftrags-bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 24.02.2017, 2017/S 039-070141, habe die Auftraggeberin sodann ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich für Bauaufträge zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Bieter je Los unter der Bezeichnung "Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen:

Wildschutz 2017-2020" eingeleitet. Der Abschluss der Rahmen-vereinbarung solle anhand des Bestbieterprinzips auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen.

Mit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union publizierten Berichtigungen vom 25.03.2014, 2017/S 060-111543, sowie vom 11.04.2017, 2017/S 071-134172, sei die ursprüngliche Angebotsfrist jeweils erstreckt worden.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass die Ausschreibungsunterlagen mehrfach berichtigt worden seien, wobei die im Zeitpunkt der Angebotsabgabe letztgültige Version der Ausschreibungsunterlagen die 4. Berichtigung gewesen wäre.

Der Auftrag würde in 5 Lose unterteilt vergeben: Los 1: Ost, Los 2:

Nord, Los 3: Süd, Los 4: Salzburg und Kärnten, Los 5: Tirol und Vorarlberg. Die Ausschreibungsunterlagen Professionisten OV (B.1-B.6, 4. Berichtigung, Punkt 1.2.5) sähen die Zulässigkeit der Abgabe von Angeboten für ein Los, mehrere Lose oder alle Lose durch einen Bieter vor. Die Antragstellerin selbst hätte fristgerecht Angebote für die Lose 1-4 gelegt.

In Punkt B.1.2.2 der Ausschreibungsunterlage Professionisten OV sei als Eignungskriterium unter anderem eine bestimmte Personalausstattung festgelegt worden. Als "Mindestanforderung" hätte ein Bieter pro angebotenem Los den Nachweis über die Verfügbarkeit von mindestens 8 Mitarbeitern (Vollzeitbeschäftigtenäquivalent), davon mindestens 3 Facharbeiter, zum Stichtag 2.5. jeweils der letzten drei Jahre (2016, 2015, und 2014 bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen. Als Facharbeiter würden Arbeiter gelten, die den Beschäftigungsgruppen LG1, LG2 oder LG3 des Kollektivvertrages für "Arbeiter im Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe oder Arbeiter in Eisen-Metallerzeugenden und -verarbeitenden Industrie" zugeordnet wären und für die ein Lehrabschluss im metallverarbeitenden Gewerbe oder ein gleichwertiger Abschluss nachgewiesen werden könne.

Die (mehrfach erstreckte) Angebotsfrist hätte am 08.05.2017 um 10:00 Uhr geendet, unmittelbar anschließend hätte die Angebotsöffnung ohne Teilnahme der Bieter stattgefunden.

Mit Schreiben vom 04.09.2017, eingelangt bei der Antragstellerin am selben Tag, hätte die Auftraggeberin ihr mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den "Zuschlag" in den Losen 1, 2 und 3 der XXXX (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Begründet worden sei dies im Wesentlichen mit einem geringeren Angebotspreis im jeweiligen Los. Die verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarungen seien von der Auftraggeberin noch nicht abgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 04.09.2017, eingelangt bei der Antragstellerin am selben Tag, hätte die Auftraggeberin ihr mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den "Zuschlag" in den Losen 1, 2 und 3 der römisch 40 (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Begründet worden sei dies im Wesentlichen mit einem geringeren Angebotspreis im jeweiligen Los. Die verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarungen seien von der Auftraggeberin noch nicht abgeschlossen worden.

Angefochten werde von der Antragstellerin die Entscheidung der Auftraggeberin vom 04.09.2017, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 abgeschlossen werden soll. Die Zuschlagsentscheidung betreffend Los 4 werde von der Antragstellerin jedoch ausdrücklich nicht angefochten.

Öffentliche Aufträge bzw. Rahmenvereinbarungen dürften, so wird weiters vorgebacht, nämlich nur an befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer vergeben werden. Die Auftraggeberin hätte zur technischen Leistungsfähigkeit unter anderem als Mindestvorgabe festgelegt, dass die Bieter, wie oben näher beschrieben, pro Los die Verfügbarkeit von acht Mitarbeitern (Vollzeitäquivalent), darunter drei Facharbeiter, nachweisen müssten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe laut Protokoll der Angebotsöffnung vom 08.05.2017 ein Angebot für alle fünf Lose gelegt. Dementsprechend hätte sie für das Vorliegen der erforderlichen Eignung nachweisen müssen, dass zumindest vierzig Mitarbeiter (Vollzeitäquivalent), darunter zumindest fünfzehn Facharbeiter, wenigstens seit drei Jahren in ihrem Unternehmen beschäftigt sind.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Anforderungen bei weitem nicht erfüllen könne, zumal sie laut Auszug aus ihrer Firmenseite auf der Homepage der Wirtschaftskammer lediglich über 28 Mitarbeiter verfüge. Sie wären daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 mangels der erforderlichen Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Die Entscheidungen, mit welchem Unternehmer je Los die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, wären diesfalls für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Anforderungen bei weitem nicht erfüllen könne, zumal sie laut Auszug aus ihrer Firmenseite auf der Homepage der Wirtschaftskammer lediglich über 28 Mitarbeiter verfüge. Sie wären daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 mangels der erforderlichen Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Die Entscheidungen, mit welchem Unternehmer je Los die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, wären diesfalls für nichtig zu erklären.

Werde ein Gesamtauftrag in Losen vergeben, so müsse die Eignung zudem für sämtliche Lose vorliegen, in denen der Bieter ein Angebot gelegt habe, es sei denn, es sei in den Ausschreibungsunterlagen anders festgelegt worden, indem die Bieter beispielsweise Prioritäten angeben können. Da in den Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der 4. und letzten Berichtigung nicht (mehr) die Angabe von Prioritäten vorgesehen gewesen sei, wäre ein Bieter nur dann als

geeignet anzusehen, wenn er über die Eignung (technische Leistungsfähigkeit) für sämtliche Lose, in denen er ein Angebot gelegt hat, verfügt. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht über die erforderliche Eignung verfügt haben, wäre ihr Angebot auszuschneiden gewesen. Dass ihr die Eignung für alle fünf Lose fehle, sei schon dadurch indiziert, dass ihr Angebot in den Losen 4 und 5 offenbar ausgeschieden wurde. Fehle aber die Eignung für die Lose 4 und 5, hätten ihre Angebote für alle Lose ausgeschieden werden müssen.

Selbst wenn das Vorliegen der Eignung nicht für sämtliche angebotene Lose vorliegen hätte müssen, wäre das Vorgehen der Auftraggeberin dennoch rechtswidrig gewesen, da sie während des Vergabeverfahrens stets an den Grundsatz der Gleichbehandlung, der Transparenz und des freien und unverfälschten Wettbewerbs gebunden sei. Mangels Angabe von Prioritäten durch die Bieter in ihren Angeboten durfte daher auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachträglich keine derartigen Präferenzen äußern. Auch die Auftraggeberin wäre angesichts dessen gebunden gewesen, nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 vorzugehen und bei der Auswahl der Lose, in welchen die präsumtive Zuschlagsempfängerin verbleiben soll, sachliche Erwägungen zugrunde zu legen. Anknüpfungspunkt wäre daher die Reihung der Lose nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten gewesen, damit bei Gesamtbetrachtung aller Lose der für die Auftraggeberin in Summe wirtschaftlich günstigste Preis erzielt würde. Selbst wenn das Vorliegen der Eignung nicht für sämtliche angebotene Lose vorliegen hätte müssen, wäre das Vorgehen der Auftraggeberin dennoch rechtswidrig gewesen, da sie während des Vergabeverfahrens stets an den Grundsatz der Gleichbehandlung, der Transparenz und des freien und unverfälschten Wettbewerbs gebunden sei. Mangels Angabe von Prioritäten durch die Bieter in ihren Angeboten durfte daher auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachträglich keine derartigen Präferenzen äußern. Auch die Auftraggeberin wäre angesichts dessen gebunden gewesen, nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 vorzugehen und bei der Auswahl der Lose, in welchen die präsumtive Zuschlagsempfängerin verbleiben soll, sachliche Erwägungen zugrunde zu legen. Anknüpfungspunkt wäre daher die Reihung der Lose nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten gewesen, damit bei Gesamtbetrachtung aller Lose der für die Auftraggeberin in Summe wirtschaftlich günstigste Preis erzielt würde.

Diese Vorgehensweise wurde von der Auftraggeberin jedoch offensichtlich nicht gewählt, da in Los 5, wo sie ein Angebot unterhalb der Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin gelegt habe, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin laut Widerrufsmittelteilung der Antragsgegnerin "weggefallen" sei. Die übrigen Angebote in diesem Los hätten den geschätzten Auftragswert um beinahe das Doppelte überstiegen, was zur Folge gehabt hätte, dass die Ausschreibung dieses Los betreffend widerrufen worden sei. Demgegenüber lagen die Angebotspreise der zweitgereihten Bieter in allen übrigen Losen deutlich näher an dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Die Auftraggeberin sei somit bei der Auswahl der Lose nicht nach objektiven Kriterien vorgegangen, sodass auch in diesem Fall die Entscheidung, mit welchem Unternehmer pro Los die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären sei.

Die Antragstellerin gehe im Hinblick auf die Bieterfrage 1 zudem davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin versucht habe, die erforderliche technische Leistungsfähigkeit mit Hilfe von Personalüberlassungsunternehmen nachzuweisen. Die Kapazitäten eines solchen sonstigen eignungsrelevanten Dritten wären jedoch im Angebot zu nennen gewesen. Dessen fehlende Nennung stelle einen unbehebbarer Mangel dar. Darüber hinaus hätten diesen sonstigen Dritten betreffend von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – vor Angebotsöffnung – Verfügbarkeitsserklärungen vorgelegt werden müssen, da die nachträgliche Vorlage einer solchen Erklärung nicht zulässig sei. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre auch aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen.

Es wäre zudem geboten gewesen, dass die Auftraggeberin Auskünfte etwa über zwingende Ausschlussgründe auch von solchen sonstigen Dritten, auf deren Personalressourcen sich ein Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit stützt, einholt.

Im übrigen verlange das Gleichbehandlungsgebot, dass die von der Auftraggeberin aufgestellten Kriterien während eines Vergabeverfahrens einheitlich ausgelegt werden und sie diese auch tatsächlich heranziehe. Dies gelte etwa auch für die von der Antragstellerin zum Nachweis der Erfüllung der Mindestanforderungen an die Personalausstattung verlangte Vorlage von Anmeldebestätigungen des Versicherungsträgers für sämtliche Mitarbeiter, die zum Nachweis der Eignung in allen angebotenen Losen notwendig gewesen wären, sowie bezüglich der Facharbeiter die Bestätigungen des Lehrabschlusses im metallverarbeitenden Gewerbe. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete, dass

von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ebenfalls sämtliche diesbezügliche Nachweise gefordert würden und deren Vorlage geprüft werde. Andernfalls hätte deren Angebot auch aus diesem Grund ausgeschieden werden müssen.

In diesem Zusammenhang werde auch darauf hingewiesen, dass laut Protokoll der Angebotsöffnung das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für 5 Lose lediglich aus 15 Teilen bestanden hätte. Jenes der Antragstellerin habe für 4 Lose hingegen aus 52 Teilen bestanden. Die Angebote jener Bieter, welche jeweils lediglich für ein Los angeboten haben, hätten sich – wie jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – aus 8-15 Bestandteilen zusammengesetzt. Dies zeige, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin kaum Nachweise mit dem Angebot vorgelegt habe und daher von ihr zahlreiche Nachweise nachträglich vorgelegt werden hätten müssen, um den Nachweis zu erbringen, dass sie bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderliche Eignung verfügt habe.

Sollten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht alle zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen für sämtliche Lose schon mit dem Angebot vorgelegt worden sein, wäre sie bereits aus diesem Grund, ohne Möglichkeit zur Mängelbehebung, gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Sollten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht alle zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen für sämtliche Lose schon mit dem Angebot vorgelegt worden sein, wäre sie bereits aus diesem Grund, ohne Möglichkeit zur Mängelbehebung, gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Seien diese Nachweise von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht in gleicher Weise wie von der Antragstellerin gefordert und in der Folge vorgelegt worden bzw. wiesen diese nicht das Vorliegen der Eignung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nach, erweise sich die Entscheidung, mit welchem Unternehmer pro Los die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, auch aus diesem Grund als rechtswidrig und sei für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass sie sich aufgrund der beschriebenen Umstände generell in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, in ihrem Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung zu Gunsten ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren sowie hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuen rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt erachte.

Sie habe unter anderem für die verfahrensgegenständlichen Lose 1-3 zeitgerecht ausschreibungskonforme Angebote abgeben und hätte schon aufgrund ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren und Legung verbindlicher Angebote ihr Interesse am Vertragsabschluss für diese Lose zum Ausdruck gebracht. Zudem belege die Antragstellerin ihr fortgesetztes Interesse durch Einbringen ihres Nachprüfungsantrages. Die Unternehmen der antragstellenden Bietergemeinschaft seien zudem jeweils jahrzehntelang etablierte Unternehmen in ihrem Fachbereich. Die verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarungen stellten für sie in Anbetracht des jeweiligen Auftragswertes, der Dauer sowie der damit verbundenen Publizitätswirkung wesentliche Referenzprojekte dar, derer sie bei rechtswidrige Verfahrensfortführung und Vergabe des gegenständlichen Auftrages verlustig gingen.

Durch die von ihr monierten Rechtswidrigkeiten entginge der Antragstellerin die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, somit auch die Möglichkeit auf Abschluss der Rahmenvereinbarungen, der Erteilung darauf basierender Aufträge und der Erzielung des aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierenden Gewinns und Deckungsbeitrags zu den Fixkosten. Weiters seien der Antragstellerin für die Rechtsberatung im Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausschreibung bisher Kosten in der in Beilage ./8 angegebenen Höhe erwachsen.

Die Antragstellerin erklärte ihr (oben geschildertes) Vorbringen zum Nachprüfungsantrag vollinhaltlich auch zu ihrem Vorbringen im Sicherungsverfahren und führte diesbezüglich weiters aus, dass durch die von ihr beantragte einstweilige Verfügung verhindert werden solle, dass die Auftraggeberin unumkehrbarer Tatsachen schaffen können. Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 04.09.2017 der Abschluss der Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 mit der präsumtiven Bestbieterin beabsichtigt sei, drohe der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten in Form des Entgehens von Aufträgen und Verlusts eines Referenzprojektes ein Schaden, der nur durch die Verhinderung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung abgewendet werden könne. Dazu sei das Verfahren bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag in einem Stand zu halten, der einen allfälligen späteren Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin ermögliche.

Die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung ergäben sich aus dem ihr, wie oben dargelegt, drohenden Schaden. Einer vorläufigen Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 stünden hingegen weder beachtlichen Interessen der Auftraggeberin noch ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwögen Interessen der sonstigen beteiligten Bieter gegenüber jenen der Antragstellerin. Selbst in einer allfälligen Terminüberschreitung läge kein Nachteil, der in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden dürfe, weil ein Auftraggeber es sonst durch entsprechendes Zeitmanagement bei der Auftragsvergabe in der Hand hätte, die Effizienz des Vergaberechtschutzes zu unterlaufen.

Am 13.09.2017 überwies die Antragstellerin Pauschalgebühren, die jene für den Erlass einer einstweiligen Verfügung jedenfalls abdecken (s. Beilage ./7 der Antragstellerin).

Am 14.09.2017 wurde die Auftraggeberin durch das BVwG gemäß § 323 Abs. 3 sowie § 328 Abs. 5 BVergG 2006 über den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung informiert und unter anderem aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Die Auftraggeberin wurde mit gleicher Benachrichtigung ferner aufgefordert, innerhalb gesetzter Frist dort näher bezeichnete allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen sowie sämtliche diesbezüglichen Unterlagen zu übermitteln. Am 14.09.2017 wurde die Auftraggeberin durch das BVwG gemäß Paragraph 323, Absatz 3, sowie Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 über den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung informiert und unter anderem aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Die Auftraggeberin wurde mit gleicher Benachrichtigung ferner aufgefordert, innerhalb gesetzter Frist dort näher bezeichnete allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen sowie sämtliche diesbezüglichen Unterlagen zu übermitteln.

Am 15.09.2017 erteilten die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von ihr lediglich mitgeteilt, dass hierzu kein Vorbringen erstattet werde.

Mit Stellungnahme vom 18.09.2017 replizierte die Auftraggeberin inhaltlich auf den Nachprüfungsantrag, ging jedoch nicht weiter auf das Sicherungsverfahren ein.

Am 19.09.2017 legte die Auftraggeberin dem BVwG die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft schrieb nach Publikation einer Vorinformation zur Verkürzung der Angebotsfrist im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl 2016/S 232-422320 am 01.12.2016 im Februar 2017 den verfahrensgegenständlichen Bauauftrag "Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen: Wildschutz 2017-2020" in insgesamt fünf Losen in einem offenen Verfahren im Oberschwabenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer je Los für eine dreijährige Laufzeit mit zwei Mal je einjähriger Verlängerungsoption aus. Die Auftraggeberin hat den Auftrag u.a. im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 24.02.2017, 2017/S 039-070141, veröffentlicht. (Verfahrensakt)

Die Bezeichnung der Lose ist: Los 1: Ost, Los 2: Nord, Los 3: Süd,

Los 4: Salzburg und Kärnten, Los 5: Tirol und Vorarlberg. Der geschätzte Auftragswert (jeweils mit Option, jedoch ohne USt) beträgt für Los 1 EUR XXXX, für Los 2 EUR XXXX und für Los 3 EUR XXXX. Die Abgabe von Angeboten durch einen Bieter war für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose zulässig. Die Antragstellerin hat fristgerecht Angebote für die Lose 1-4 gelegt. (Auskünfte der Auftraggeberin; Verfahrensakt) Los 4: Salzburg und Kärnten, Los 5: Tirol und Vorarlberg. Der geschätzte Auftragswert (jeweils mit Option, jedoch ohne USt) beträgt für Los 1 EUR römisch 40, für Los 2 EUR römisch 40 und für Los 3 EUR römisch 40. Die Abgabe von Angeboten durch einen Bieter war für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose zulässig. Die Antragstellerin hat fristgerecht Angebote für die Lose 1-4 gelegt. (Auskünfte der Auftraggeberin; Verfahrensakt)

Die Ausschreibung hinsichtlich Los 5 (Tirol und Vorarlberg) wurde nach Ablauf der Angebotsfrist am 22.08.2017 von der Auftraggeberin widerrufen (s. Beilage ./10 der Antragstellerin).

Die (mehrfach erstreckte) Angebotsfrist endete am 08.05.2017 um 10:00 Uhr. Unmittelbar anschließend fand die

Angebotsöffnung statt. Für die Lose 1-3 legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Angebote mit den niedrigsten Preisen. Die Antragstellerin war jeweils an zweiter Stelle gereiht. Bei der Bewertung des Kriteriums Qualität erreichten die Angebote beider Bieter die Lose 1-3 betreffend alle erzielbaren Punkte. (Auskünfte der Auftraggeberin; Verfahrensakt)

Laut den für alle drei verfahrensgegenständlichen Lose inhaltlich diesbezüglich gleichen Leistungsverzeichnisse B 5, Positionsnummer 00 00 B1 04 L, musste ein Bieter im Rahmen der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit (Eignung) im Hinblick auf die Personalausstattung zumindest folgendes nachweisen:

"Der Bieter muss nachweisen, dass er über eine ausreichende Anzahl an Personal verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis der Personalausstattung zu erbringen. Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter pro angebotenem Los den Nachweis über

- -Strichaufzählung
mindestens 8 (acht) Mitarbeiter (Vollzeitbeschäftigtenäquivalent) zum Stichtag 02. Mai jeweils der letzten drei Jahre (2016, 2015, und 2014 bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) und davon
- -Strichaufzählung
mindestens 3 (drei) Mitarbeiter (Vollzeitbeschäftigtenäquivalent), die als Facharbeiter gelten, zum Stichtag 02. Mai jeweils der letzten drei Jahre (2016, 2015, und 2014 bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen hat.

Als Facharbeiter gelten Arbeiter, die:

- -Strichaufzählung
der Beschäftigungsgruppen LG1, LG2 oder LG3 des Kollektivvertrages für "Arbeiter im Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe" zugeordnet sind, und - für die ein Lehrabschluss im Metallverarbeitenden Gewerbe oder ein gleichwertiger Abschluss nachgewiesen werden kann.

[]

Bei Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden."

(Auskünfte der Auftraggeberin; Verfahrensakt)

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin beschäftigt laut Firmenbeschreibung im Rahmen der Website der Wirtschaftskammer Österreich, Firmen A-Z, 28 Mitarbeiter. (Beilage ./9 der Antragstellerin; offene, am heutigen Tage vom Gericht eingesehene Datenbank)

Der Antragstellerin wurde mit elektronisch über die Vergabeplattform ProVia übermitteltem Schreiben vom 04.09.2017, eingelangt bei ihr am selben Tag, von der Auftraggeberin mitgeteilt, dass diese beabsichtige, den "Zuschlag" in den Losen 1, 2 und 3 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erteilen. Begründet wurde dies im Wesentlichen mit einem geringeren Angebotspreis im jeweiligen Los. (Auskünfte der Auftraggeberin; Verfahrensakt)

Es wurde bislang weder eine Rahmenvereinbarung betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose 1-3 abgeschlossen bzw. der Zuschlag erteilt, noch wurde eine diese betreffende Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder ein Widerruf erklärt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin brachte am 14.09.2017 fristgerecht einen Nachprüfungsantrag über webERV ein. Sie bezahlte Pauschalgebühren in Höhe von EUR 9.234,00 (Verfahrensakt).

2. Beweiswürdigung:

Der oben angeführte, entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann sowie eigene Wahrnehmungen des Gerichts im Rahmen einer Nachschau im Internet). Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente. Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten bis auf folgenden Punkt nicht auf:

Die Angabe des Datums der Angebotsöffnung mit "29.11.2016" in Punk

15. der allgemeinen Auskünfte der Auftraggeberin vom 15.09.2017 ist offensichtlich nicht korrekt, da die Angebotsöffnung kaum vor dem Tag der Bekanntmachung erfolgt sein kann. Diesbezüglich wurde das von der Antragstellerin vorgebrachte Datum als zutreffend angenommen, zumal es nicht unüblich ist, das die Angebotsöffnung noch an jenem Tag erfolgt, an dem die Frist zur Abgabe der Angebote endet. Die Annahme des 08.05.2017 als Tag der Angebotsöffnung deckt sich auch mit dem von der Auftraggeberin vorgelegten Angebotsprüfungsprotokoll.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen eine Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG 2006 ist im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zwar grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen, einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind jedoch von der Senatszuständigkeit ausgenommen. Die gegenständliche Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen eine Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG 2006 ist im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zwar grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen, einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind jedoch von der Senatszuständigkeit ausgenommen. Die gegenständliche Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Zu A)

Zur Zuständigkeit des BVwG und zur Zulässigkeit des Antrages

In der Bekanntmachung und den Angebotsunterlagen ist als Auftraggeberin der verfahrensgegenständlichen Vergabe die ASFINAG genannt. Diese ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 und dem Bund gemäß Art 14b B-VG zuzurechnen. Im übrigen hat auch die ASFINAG in Punkt VI.4.1. der Auftragsbekanntmachung das BVwG als zuständige Nachprüfungsbehörde benannt. In der Bekanntmachung und den Angebotsunterlagen ist als Auftraggeberin der verfahrensgegenständlichen Vergabe die ASFINAG genannt. Diese ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 und dem Bund gemäß Artikel 14 b, B-VG zuzurechnen. Im übrigen hat auch die ASFINAG in Punkt römisch sechs.4.1. der Auftragsbekanntmachung das BVwG als zuständige Nachprüfungsbehörde benannt.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung bezüglich der Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen, sohin von Bauarbeiten und Fundamentierungsarbeiten samt Nebendienstleistungen, handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 1 BVergG 2006. Gemäß § 14 Abs. 1 BVergG 2006 ist, wenn ein Bauvorhaben aus mehreren Losen besteht, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Da bereits der geschätzte Auftragswert der verfahrensgegenständlichen Lose 1-3 (EUR XXXX) den Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 übersteigt, liegt ein Verfahren im Oberschwellenbereich vor. Bei der gegenständlichen Ausschreibung bezüglich der Erneuerung und Neuherstellung von Wildschutzzäunen, sohin von Bauarbeiten und Fundamentierungsarbeiten samt Nebendienstleistungen, handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG 2006. Gemäß Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2006 ist, wenn ein Bauvorhaben aus mehreren Losen besteht, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Da bereits der geschätzte Auftragswert der verfahrensgegenständlichen Lose 1-3 (EUR römisch 40) den Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 übersteigt, liegt ein Verfahren im Oberschwellenbereich vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des BVwG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG 2006 iVm Art. 14 b Abs. 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des BVwG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Zumal laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 1-3 nicht widerrufen und keine Rahmenvereinbarung hinsichtlich eines dieser abgeschlossen wurde, ist das BVwG damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG 2006 zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Zumal laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 1-3 nicht widerrufen und keine Rahmenvereinbarung hinsichtlich eines dieser abgeschlossen wurde, ist das BVwG damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Bei der angefochtenen Entscheidung, mit welchem Unternehmer Rahmenvereinbarungen hinsichtlich der Lose 1-3 abgeschlossen werden sollen, handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG 2006. Bei der angefochtenen Entscheidung, mit welchem Unternehmer Rahmenvereinbarungen hinsichtlich der Lose 1-3 abgeschlossen werden sollen, handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG 2006.

Die angefochtene Entscheidung wurde der Antragstellerin am 04.09.2017 elektronisch über die Vergabeplattform ProVia übermittelt. Der Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 rechtzeitig. Die angefochtene Entscheidung wurde der Antragstellerin am 04.09.2017 elektronisch über die Vergabeplattform ProVia übermittelt. Der Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 rechtzeitig.

Zur Zulässigkeit des Antrages

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergab, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Abschluss der Rahmenvereinbarungen hinsichtlich der Lose 1-3 befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Entscheidung der Auftraggeberin vom 04.09.2017, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 abgeschlossen werden soll, behauptet wird, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergab, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Abschluss der Rahmenvereinbarungen hinsichtlich der Lose 1-3 befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Entscheidung der Auftraggeberin vom 04.09.2017, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 abgeschlossen werden soll, behauptet wird, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfungen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr elektronisch im Wege der Vergabeplattform ProVia übermittelten Zuschlagsentscheidung am 04.09.2017 Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 14.09.2017 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfungen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr elektronisch im Wege der Vergabeplattform ProVia übermittelten Zuschlagsentscheidung am 04.09.2017 Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 14.09.2017 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden.

Die Pauschalgebühr wurde in gesetzlich vorgeschriebener Höhe entrichtet.

Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zulässig ist.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das BVwG auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das BVwG auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 hat das BVwG vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das BVwG vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des BVwG über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des BVwG über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 1, 2 und 3 zu untersagen.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Entscheidung vom 04.09.2017 der Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose 1-3 mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Abschlusses der Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose 1-3 nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das BVwG in einem Stand gehalten wird, der allfällige spätere Vertragsabschlüsse mit der Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Hinzu kommt, dass aufgrund der dem Gericht bislang vorliegenden Unterlagen Teilen der Argumentationslinie der Antragstellerin nicht von vornherein jegliche Berechtigung abgesprochen werden kann. Die genaue Überprüfung der jeweiligen Argumente geht jedoch über den Rahmen eines Sicherungsverfahrens hinaus, sodass dies dem Hauptverfahren vorbehalten bleiben muss.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter erscheint ein

Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Angst/Jakusch/Mohr, EO15 (2012)[2008], E 4 zu § 391). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs. 4 BVergG 2006 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Angst/Jakusch/Mohr, EO15 (2012)[2008], E 4 zu Paragraph 391.). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist.

Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des BVwG davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden.

Zum Antrag auf Gebührenersatz

Die Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gründet sich auf § 319 Abs. 1 BVergG 2006. Die Pauschalgebühren gemäß §§ 1 und 2 Abs. 4 BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe iVm § 318 Abs 1 BVergG 2006 für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von gesamt EUR 9.234,00 wurden von der Antragstellerin entrichtet. Der Wert der Lose 1, 2 und 3 übersteigt gemeinsam den Schwellenwert des § 12 BVergG 2006, erreicht jedoch nicht den zehnfachen Schwellenwert. Die Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gründet sich auf Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006. Die Pauschalgebühren gemäß Paragraphen eins und 2 Absatz 4, BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe in Verbindung mit Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von gesamt EUR 9.234,00 wurden von der Antragstellerin entrichtet. Der Wert der Lose 1, 2 und 3 übersteigt gemeinsam den Schwellenwert des Paragraph 12, BVergG 2006, erreicht jedoch nicht den zehnfachen Schwellenwert.

Die Entscheidung über den Antrag auf Gebührenersatz erfolgt gesondert.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Abschlussverbot, Bauauftrag, Bietergemeinschaft, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Schaden, Schätzung des Auftragswertes, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W267.2170581.1.00

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at